

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CRIMINOLOGIA I**

ZULMAR ANTONIO FACHIN

GABRIEL ANTINOLFI DIVAN

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito Penal, Processo Penal e Criminologia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Gabriel Antinolfi Divan; Zulmar Antonio Fachin. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-802-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA I

Apresentação

Na sexta-feira, dia 13 de outubro de 2023, na sede da Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires, Argentina, foi realizado o encontro de um dos Grupos de Trabalho do XII Encontro Internacional do CONPEDI, a saber o Grupo Direito, Processo Penal e Criminologia I.

Pesquisadoras e pesquisadores de várias regiões do país estiveram ao longo daquele dia promovendo profícuos debates e intercambiando informações a respeito de suas pesquisas, seus trabalhos e de ideias a respeito das conduções dos mesmos. A riqueza do encontro, ainda que por um período reduzido de tempo, permite que pontes e ligações possam ser feitas e mesmo o conhecimento sobre as pesquisas seja coligado para que haja o entrelaçamento cumulativo que tanto é necessário quanto é o objetivo de eventos dessa magnitude.

Os trabalhos foram apresentados em blocos temáticos entremeados por uma sessão de debates, dicas, contribuições e questionamentos que é necessária para permitir que as autoras (es) possam explanar um pouco mais a respeito de seus textos e métodos dos que uma apresentação inicial mais protocolar comporta. E foi ponte para que todos pudessem ampliar, até, algumas perspectivas que sejam atinentes aos temas discutidos.

De forma gratificante, cumpriu-se a proposta de comportar as discussões sabendo-se que as temáticas e assuntos respectivos foram discutidos em outros GTs simultâneos, o que mostra a força e a pertinência da área e a importância das contribuições.

Fica aqui o registro inicial resumido dos trabalhos/temas apresentados no Grupo, e o convite para que sejam lidos os trabalhos em sua íntegra, constantes dessa publicação, como forma de contribuição para a maior amplitude dos debates a respeito desse campo tão rico e crucial. E, igualmente, o orgulho de mais uma edição internacional do Conpedi ter transcorrido com muita qualidade, inspirada, com toda certeza, pelas arcadas e pelos próceres do incomparável prédio da UBA e pelo incrível ar portenho, cidade incrível e lar/berço de tantos e tantas penalistas, processualistas penais e criminólogos da mais alta estirpe:

1) Caroline Szyrczyk da Silva, da Universidade Federal de Pelotas-RS, apresentou trabalho intitulado A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL CARCERÁRIA COMO VIOLADORA DO

DIREITO À SAÚDE DE MULHERES PRESAS NO RIO GRANDE DO SUL, onde promove uma discussão sobre os dados carcerários e indicadores relativos à questão de gênero no ambiente prisional – em um contexto que envolve direito à saúde e gestão prisional (temas candentes no contexto brasileiro, especialmente).

2) Marcelo Yukio Misaka apresentou trabalho escrito em coautoria com Bruna Azevedo de Castro, ambos da Universidade Estadual do Norte do Paraná-PR, intitulado UM CRITÉRIO PARA COMPENSAÇÃO DAS PENAS ABUSIVAS, onde ambos traçam um paralelo do discurso criminológico a partir da ideia de localização do mesmo em um eixo anticolonial, trabalhando a gênese de um discurso crítico desde o sul global e buscando caminhos para essa consolidação teórico-política.

3) Carla Graia Correia e Luiza Andreza Camargo de Almeida, da Universidade Estadual do Norte do Paraná-PR, apresentaram trabalho escrito em coautoria com Guilherme Rocha Kawauti, intitulado A DESCRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL: UMA BREVE ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E ARGENTINA E AS PERSPECTIVAS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO No 635.659, onde a discussão parte de um profícuo comparativo relativo às políticas de criminalização /descriminalização dos entorpecentes para uso próprio, frente aos cenários brasileiro e argentino (com a recente pauta do tema a partir da jurisdição do Supremo Tribunal Federal Brasileiro).

4) Mário Francisco Pereira Vargas de Souza, da Universidade La Salle, Canoas-RS, contribuiu com a apresentação do trabalho intitulado ANÁLISE DA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DAS FACÇÕES CRIMINOSAS QUE ATUAM NA CIDADE DE PORTO ALEGRE NOS CRIMES DE HOMICÍDIOS NO PRIMEIRO SEMESTRE DE 2023 SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA, onde busca fontes e conclusões sobre a atuação das facções criminosas na capital do Estado do Rio Grande do Sul a partir do arcabouço criminológico crítico, e das possibilidades de leituras proporcionadas com riqueza teórica por esta chave conceitual.

5) Tayana Roberta Muniz Caldonazzo da Universidade Estadual do Norte do Paraná-PR, apresentou texto escrito em coautoria com Carla Bertoncini e Luiz Fernando Kazmierczak intitulado CÍRCULOS DE CULTURA EM COMUNIDADE DE APRENDIZADO NA EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: UMA PROPOSTA À LUZ DE PAULO FREIRE E BELL HOOKS, onde debate a questão do uso da pedagogia e do

arcabouço do autor e da autora citados para a promoção de educação relativa aos adolescentes em conflito com a lei, qualificando em termos de alteridade e compreensão as práticas de escuta relativas às medidas socioeducativas.

6) Camila Rarek Ariozo apresentou trabalho escrito em coautoria com Luiz Fernando Kazmierczak e Luiz Geraldo do Carmo Gomes (desde a Universidade Estadual do Norte do Paraná-PR), intitulado MULHER TRANS, CRIMINOSA E ENCARCERADA: A REALIDADE NÃO CONTADA PELO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO, onde a discussão realizada diz para com o sistema carcerário frente ao desafio de acomodação e trato com as mulheres trans, bem como em relação a mais pessoas que vão integrar o espectro LGBTQIAPN+: as contradições, entraves e inadequações do sistema como multiplicador de mais violências em relação a (também) essa condição pessoal.

7) Bruno Rotta Almeida, da Universidade Federal de Pelotas-RS, apresentou trabalho intitulado QUESTÃO PENITENCIÁRIA E COMPLEXIDADE: O CAOS COMO CATEGORIA EPISTEMOLÓGICA PARA O ESTUDO DA PUNIÇÃO, onde vão trabalhados conceitos relativos a teorias que impelem um teor de profunda reflexão filosófica no trato com a questão prisional, incorporando a noção de caos para uma visão crítica do aparelho repressor-punitivo. A discrepância entre as previsões e predicados legais /fundamentais e a materialidade aflitiva da pena e suas circunstâncias pode ser estudada e pensada nesse cenário.

8) Giovana Aleixo Gonçalves de Oliveira, em artigo escrito em coautoria com Gustavo Noronha de Ávila (ambos representando a Universidade CESUMAR-PR), intitulado ANÁLISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, propôs discussão que parte da ideia da violação da própria ideia de dignidade humana em meio ao cerne punitivo-carcerário para buscar alternativas que vão se conectar a aparelhos e procedimentos que procurem uma rota em frontal discrepância com o atual modelo.

9) Marcelo Yukio Misaka apresentou o trabalho A CRIMINOLOGIA DECOLONIAL: PENSANDO EM UMA CRIMINOLOGIA DO SUL, escrito em coautoria com Bruna Azevedo de Castro (Universidade Estadual do Norte do Paraná-PR), onde a discussão gira em torno de uma necessária construção de um aporte teórico e político de criminologia que rompa com as bases eurocêntricas e típicas de um ‘norte global’ para se fortalecer a partir de critérios epistemológicos e valores latinos, marginais e genuínos.

10) Camila Rarek Ariozo e Vanessa de Souza Oliveira – pela Universidade Estadual do Norte do Paraná-PR, trouxeram a discussão do artigo intitulado MATERNIDADE NO CÁRCERE: O LUGAR ONDE A PENA TRANSCENDE À PESSOA DO CONDENADO onde investigam as relações de poder e vulnerabilidade envolvendo a questão da encarcerada gestante e/ou mãe e a forma como as mazelas do poder punitivo e do aprisionamento se efetivam nesse cenário em relação a essas mulheres e especialmente uma réplica de violações que atinge as crianças envolvidas colateralmente.

11) Gabriel Antinolfi Divan apresentou texto escrito em coautoria com Joana Machado Borlina, ambos representando a Universidade de Passo Fundo-RS, intitulado OS DIREITOS ABSTRATOS COMO SALVAGUARDA PARA PERPETUAÇÃO DE RELAÇÕES DE DOMINAÇÃO: A PLENITUDE DE DEFESA E A LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA. Nele vai discutida a questão da plenitude de defesa no Tribunal do Júri e a tensão do conceito frente às questões de direitos efetivos que precisam ser sopesados em relação à sua concretude, na esteira da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no. 779, julgada pelo STF, que limitou a plenitude frente à questão do discurso da ‘legítima defesa da honra’ dada a clara ingerência do patriarcalismo comparando uma tática de defesa com a instrumentalização da vida das mulheres.

12) Fernando Laércio Alves da Silva, da Universidade Federal de Viçosa-ES, apresentou artigo intitulado A NECESSÁRIA DISCUSSÃO DO MODELO DE JUSTIÇA CONSENSUAL NO PROCESSO PENAL: DELINEAMENTOS EQUIVOCADOS QUE COMPROMETEM SUA ADEQUADA APLICAÇÃO NO ÂMBITO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL, onde debate uma análise (e vieses possíveis futuros) dos modelos de justiça negociada e informalizada procurando escapar às singelas críticas habituais que ou julgam o modelo descomprometido com um caráter punitivo de busca de ‘verdade real’ ou, por outro lado, cobram uma maior formalidade como forma de garantias mais estabelecidas, teoricamente.

13) Francisco Geraldo Matos Santos (Universidade Federal do Pará-PA) e Elane Botelho Monteiro (Universidade do Vale do Taquari – RS) apresentaram artigo escrito em coautoria com Carla Maria Peixoto Pereira intitulado O COMPORTAMENTO DECISÓRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM UM PASSADO NÃO TÃO DISTANTE: UMA ANÁLISE A PARTIR DO NEOINSTITUCIONALISMO HISTÓRICO, onde focalizam o estudo não em alicerces jurídicos a respeito da decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre a presunção de

inocência (fundamentalmente na decisão do HC 126.292, e das ADC's 43, 44 e 54 por aquela corte). Mas, sim, em fatores que perquirem a institucionalização das decisões, trabalhando com conteúdo de ciência política para discutir a alteração jurisprudencial.

14) Francisco Geraldo Matos Santos (Universidade Federal do Pará-PA) apresentou trabalho escrito em coautoria com Rita Nazaré de Almeida Gonçalves (Escola Superior da Amazônia-PA) e Carlito Vieira Lobo Universidade Federal do Pará-PA) intitulado O PROBLEMA DA INSTRUMENTALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: SERIA O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO UM INSTRUMENTO A SERVIÇO DE QUEM?, onde vai trabalhada a discussão da matriz do processo penal brasileiro, comentando a questão de que uma teoria não particularizada para o direito criminal ocasiona um processo voltado para uma pura e simples concretização (literalmente) do direito penal. Uma base distinta precisa ser efetivada para que não se assumam um direito e um processo penais exclusivamente comprometidos com o punitivismo como resultado almejado/esperado.

15) Ana Flavia De Melo Leite (pela Universidade La Salle/Canoas-RS) apresentou trabalho escrito em coautoria com Gabriel Silva Borges e Guilherme Dill, intitulado UM MÊS DE MANIFESTAÇÕES: UM ESTUDO SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA E AS PRISÕES EM FLAGRANTE EM UMA DELEGACIA DE PRONTO ATENDIMENTO DO RIO GRANDE DO SUL. No texto, propõe-se um feixe de informações e reflexões sobre o acesso à justiça, na perspectiva de investigar a rotina de pronto atendimento na Delegacia da Central de Atentamentos em Canoas, município do Rio Grande do Sul (região metropolitana) a partir de dados sobre as prisões em flagrante. Variáveis relativas ao período de restrições decorrentes da COVID 19 e seus predicados foram estudados para perquirir sobre o atendimento, o fluxo dos trâmites e o interrogatório na fase investigativa, por exemplo.

16) Ana Flavia De Melo Leite (pela Universidade La Salle/Canoas-RS) também apresentou outro trabalho escrito em coautoria com Gabriel Silva Borges e Guilherme Dill, intitulado O MANDADO DE PRISÃO E A INVIOABILIDADE DOMICILIAR: ANÁLISE EMPÍRICA NO ESPAÇO URBANO E A TEORIA DE CHICAGO. Nesse texto, se pretendeu investigar – com base em uma leitura criminológica das teorias sociais da ‘Escola de Chicago’ – a questão dos cumprimentos de mandados de busca domiciliar e/ou as hipóteses autorizadas (ou não) de ingresso sem a ordem judicial, para um estudo sobre a influência da própria condição urbana na atividade e nos permissivos de atividade policial desse cariz. Temas como a pertinência, o controle da legalidade da atuação e a forma da mesma se cotejam com a própria espacialidade urbana e suas sociabilidades.

Desejamos uma ótima leitura e um até breve, pensando já nos próximos encontros e edições!

Prof. Dr. Zulmar Antonio Fachin

Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan

Passo Fundo, Brasil / Buenos Aires, Argentina.

Outubro de 2023.

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL:
UMA BREVE ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E ARGENTINA E AS
PERSPECTIVAS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659**

**THE DECRIMINALIZATION OF DRUG POSSESSION FOR PERSONAL
CONSUMPTION: A BRIEF COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN BRAZIL AND
ARGENTINA AND THE PERSPECTIVES OF EXTRAORDINARY APPEAL Nº
635.659**

**Carla Graia Correia ¹
Luiza Andreza Camargo de Almeida ²
Guilherme Rocha Kawauti ³**

Resumo

Nas últimas décadas, o debate sobre a descriminalização da posse de drogas para consumo próprio tem tido cada vez mais destaque na sociedade brasileira, principalmente em decorrência do julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659, inspirado pela decisão da Corte Superior Argentina que descriminalizou a posse para consumo próprio em 2009. Apesar disso, o Brasil é um dos únicos países da América Latina que ainda criminaliza o porte de drogas já que a descriminalização é uma tendência mundial que vem sendo colocada em prática por diversos países. Assim, a Lei nº 11.343/2006, em seu artigo 28, que criminaliza a posse e uso de drogas se mostra incompatível com o princípio da lesividade, que é um princípio norteador do direito penal, bem como os princípios da intimidade, privacidade e autodeterminação. Diante destas incongruências, este trabalho procura demonstrar que a criminalização do porte e do uso de drogas afronta princípios tanto do direito penal, quanto da Constituição Federal. Para tanto, realiza uma análise comparativa com o tratamento jurídico da Argentina para a posse de drogas para consumo próprio e conclui que a descriminalização das drogas no Brasil é a opção mais adequada em respeito aos direitos humanos e os princípios do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Descriminalização de drogas, Proibicionismo, Política de drogas, Direitos humanos, Princípios constitucionais

¹ Mestranda em Ciência Jurídica e bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Licenciada em Ciências Sociais e Bacharela em Antropologia pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP)

² Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-Graduada em Direito do trabalho e Previdenciário pelo Projuris. Bacharel em Direito pela Faculdades Integradas de Ourinhos-Unifio.

³ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - (UENP); Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Legale.

Abstract/Resumen/Résumé

In recent decades, the debate on the decriminalization of drug possession for personal use has been increasingly prominent in Brazilian society, mainly as a result of the judgment of Extraordinary Appeal No. 440/2004 in 2009. Despite this, Brazil is one of the only countries in Latin America that still criminalizes drug possession since decriminalization is a global trend that has been put into practice by several countries. Thus, Law n° 11.343/2006, in its article 28, which criminalizes the possession and use of drugs, is incompatible with the principle of harmfulness, which is a guiding principle of criminal law, as well as the principles of intimacy, privacy and self-determination. Faced with these inconsistencies, this paper seeks to demonstrate that the criminalization of possession and use of drugs violates principles of both criminal law and the Federal Constitution. To this end, it performs a comparative analysis with the legal treatment in Argentina for the possession of drugs for personal consumption and concludes that the decriminalization of drugs in Brazil is the most appropriate option in respect for human rights and the principles of the Democratic State of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Drug decriminalization, Prohibitionism, Drug policy, Human rights, Constitutional principles

INTRODUÇÃO

Em fevereiro de 2022, a imprensa argentina noticiou as mortes de, ao menos, 24 (vinte e quatro) pessoas e a internação, em estado grave, de outras dezenas em decorrência do uso de cocaína adulterada. Segundo análises clínicas e periciais, os mortos e os pacientes haviam consumido cocaína com carfentanilo, um poderoso opioide sintético utilizado como anestésico para elefantes.

Por seu turno, no Brasil, segundo estudo desenvolvido pelo Instituto Geral de Perícias (IGP) no mesmo ano, constatou-se que não apenas a cocaína é a droga mais adulterada no país, devido seu baixo rendimento nos processos químicos para obtê-la, como ocupamos o segundo lugar no ranking mundial no consumo da substância, ficando atrás apenas dos Estados Unidos.

Nesse sentido, o mesmo Instituto empreendeu estudo para quantificar o teor de cocaína (grau de pureza) em amostras vendidas nas ruas de diversas cidades do estado do Rio Grande do Sul, sendo que a pesquisa revelou uma variação de 0% a 78% no teor de cocaína nas amostras analisadas, ou seja, alguns usuários estão consumindo outras substâncias desconhecidas achando se tratar de cocaína.

O escândalo das mortes e intoxicação dos usuários da droga na Argentina e os dados apresentados pelo estudo no Brasil, dividiu opiniões. De um lado, os mais conservadores afirmando que se a polícia eliminasse os traficantes, não haveria drogas para adulterar, portanto, ninguém a consumiria. De outro, os mais moderados, que criticam a atuação do Estado e a ineficiência da política de “guerra às drogas” e criminalização do uso em acabar com a disponibilidade de entorpecentes e inviabilizar políticas públicas de atenção à saúde dos usuários.

De toda forma, o fato é que o trágico episódio argentino e a pesquisa brasileira, reacenderam um debate extremamente relevante e urgente, não apenas na Argentina e no Brasil, mas na América Latina: a necessidade de avançarmos e discutirmos a descriminalização, bem como a regulamentação das drogas, hoje ilícitas.

A cocaína e seu derivado, o crack, largamente consumidos tanto no Brasil quanto na Argentina (neste país, conhecida pela gíria “paco”), são substâncias que fazem parte do rol das drogas ilícitas, junto com muitas outras, motivo pelo qual a única forma de adquiri-las é através do mercado ilegal dominado pelos traficantes que, procurando otimizar seus lucros e certos da impossibilidade de qualquer controle de qualidade, a adulteram de modo indiscriminado e, assim, determinam os preços conforme seus interesses e riscos.

Neste sentido, podemos atribuir o comércio ilegal de entorpecentes e suas mazelas ao proibicionismo e à política de “guerra às drogas” empreendidos nos países da América Latina sob forte influência cultural, econômica e política dos Estados Unidos, afinal, o controle de drogas nesses países está baseado nas três convenções da Organização das Nações Unidas (ONU), nas quais o posicionamento dos Estados Unidos é decisivo.

Outrossim, importante destacar que a opção pela análise comparativa entre Brasil e Argentina no que tange ao tratamento jurídico da posse de drogas para uso pessoal e suas alterações, se deu por acreditarmos que, de acordo com as concepções preponderantes nos tratados internacionais sobre drogas, a Argentina é classificada como país de trânsito, assim como o Brasil.

Além disso, a Argentina também está sujeita à uniformização legislativa imposta pela política internacional de drogas aos Estados-Partes. Por esta razão, conclui-se que Brasil e Argentina enfrentam desafios muito similares, tais como o combate ao narcotráfico e os procedimentos adotados para com os usuários de drogas ilícitas.

Oportuno destacar ainda que a decisão da Suprema Corte Argentina em 2009, descriminalizando o porte de pequenas quantidades de drogas para uso pessoal inspirou o recurso extraordinário brasileiro sobre o mesmo assunto, o qual aguarda decisão do Supremo Tribunal Federal desde 2015, sendo que nesse segundo semestre de 2023 voltou a ser inserido nas pautas dos ministros e da mídia nacional.

O texto que se segue, utilizando do método de procedimento bibliográfico e comparativo, tem como objetivo responder à seguinte questão: as justificativas adotadas na decisão da Suprema Corte Argentina podem servir de referencial para o julgamento do recurso no STF? E, quais os principais aspectos a serem considerados no caso brasileiro?

Para tanto, o trabalho está dividido em 3 capítulos, sendo que, no primeiro, iremos discutir brevemente sobre como se estruturou o controle de drogas na Argentina e o

tratamento jurídico da posse de drogas para uso pessoal até a decisão de 2009. No segundo capítulo, abordaremos estes aspectos no Brasil. Já no terceiro e último capítulo, faremos a comparação para respondermos ao problema de pesquisa aqui proposto a partir da análise do Recurso Extraordinário nº 635.659 e a influência que a Suprema Corte Argentina teve nesse processo.

1 – BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DO CONTROLE DE DROGAS NA ARGENTINA E A POSSE PARA CONSUMO PESSOAL

Assim como no Brasil e em outros países da América Latina, o controle de drogas na Argentina está baseado em três convenções da Organização das Nações Unidas (ONU), nas quais os Estados Unidos tiveram e, ainda tem, influência decisiva.

A primeira delas é a Convenção Única sobre Narcóticos (1961) que criou a estrutura do Regime Internacional de Controle de Drogas. Nessa Convenção se estabeleceram critérios norteadores que os países deveriam seguir para estar alinhados com um quadro mundial de políticas de drogas. (VALOIS, 2020, p. 292)

Transcorridos dez anos, portanto, em 1971, ocorre a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, cuja realização vinculou-se à necessidade de controlar um amplo espectro de novas drogas surgidas entre as décadas de 1960 e 1970, principalmente, anfetaminas, barbitúricos e substâncias alucinógenas. (VALOIS, 2020, p. 295)

Finalmente, em 1988, realizou-se a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, a qual consolidou a ideologia da ilusão repressiva - uma combinação entre punição e tratamento dos usuários de drogas baseada na simplista convicção de que a repressão nos conduzirá a um mundo sem drogas.

Uma das inovações introduzidas por este último documento, é a ampliação dos limites de ações criminalizadas no âmbito das drogas. Esta Convenção, mais conhecida como Convenção de Viena, foi decisiva para consolidar o modelo proibicionista atualmente preponderante nas políticas de drogas no país e na América Latina.

No mesmo ano da Convenção de Viena, realizou-se a Sessão Especial da Assembleia Geral da Nações Unidas (UNGASS, 1998), a qual consideramos relevante a reprodução do primeiro parágrafo da Declaração Política aprovada nesta ocasião, já que sintetiza a lógica

que norteará a maior parte dos discursos sobre drogas durante os próximos vinte anos na Argentina:

Las drogas destruyen vidas y comunidades, socavan el desarrollo humano sostenible y generan delincuencia Las drogas afectan a todos los sectores de la sociedad en todos los países; sobre todo, el uso indebido de drogas afecta a la libertad y al desarrollo de los jóvenes, que son el patrimonio máspreciado de la humanidad. Las drogas constituyen una grave amenaza para la salud y el bienestar de todo el género humano, para la independencia de los Estados, la democracia, la estabilidad de las naciones, la estructura de todas las sociedades y la dignidad y la esperanza de millones de personas y sus familias [...]. (UNGASS, 1988, p. 1).

A Lei 23.737 do Código Penal Argentino (CPA), penaliza o porte de drogas para uso pessoal com reclusão de um mês a dois anos e multa (art. 14). Contempla, ainda, a realização de um tratamento chamado de Medida de Segurança Curativa para quem esteja física ou psiquicamente dependente de substâncias, ficando a pena suspensa até a avaliação dos resultados da medida (Art.17 e 18). O artigo 17 do mesmo código estabelece que a pessoa pode ser isenta da pena nos casos em que o resultado satisfatório do tratamento realizado possa ser constatado. No entanto, considere que:

Si transcurridos dos años de tratamiento, no se ha obtenido un grado aceptable de recuperación por su falta de colaboración, deberá aplicársele la pena y continuar con la medida de seguridad por el tiempo necesario o solamente esta última. (ARGENTINA, 1989, Art. 17)

Constata-se, portanto, a existência de um paradoxo o fato de que uma pessoa pode ser processada pelo Direito Penal na posse de drogas para uso próprio, e que uma alternativa ao cumprimento da pena é a realização de tratamento compulsório para sua recuperação. A verdade é que, quem não colabora, deverá cumprir a pena e poderá ser forçado (além disso) a continuar com o tratamento. (VÁZQUEZ, 2014, p. 832)

Como se vê, essas medidas criam um instrumento de controle do Estado, na medida em que limita os direitos individuais e fundamentais. Ao punir a posse de pequenas quantidades para consumo pessoal, caracteriza, a um só tempo, como crime a mesma conduta que será alvo de abordagem terapêutica, já que na norma argentina, “traficante e usuário são, respectivamente, criminoso e doente, entes complementares no circuito da ilegalidade”. (RODRIGUES, 2017, p. 123)

Há, como se vê, um evidente conflito, já que a própria lei penal pune aquele que é considerado doente por força da dependência química ao admitir que se não colaborar deverá cumprir a pena.

A oscilação ocorre entre medicalização e criminalização, sendo que não há clara distinção entre quem é criminoso e quem é doente, nem mesmo qual quantidade é considerada um problema de saúde pública que precisa de intervenção punitiva ou médica. Nas palavras de García,

Esta ley, cuyo fin es supuestamente preservar la salud pública, transforma en delincuentes a cientos de miles de personas que no son delincuentes. En los 15 años de vigencia de la norma hubo 320.000 procesados o detenidos por este tema: el 98,5% de ellos no tenía antecedentes penales cuando fue detenido y tenía menos de 5 gramos en su poder. (GARCÍA, 2005, p. 4).

Desde 1989, ano em que foi promulgada a atual Lei Penal, o Supremo Tribunal de Justiça da Nação (CSJN) decidiu reprimir a posse de pequenas quantidades de substâncias (mesmo que fossem destinadas ao consumo pessoal) interpretando a existência de afetação da saúde pública, bem jurídico que deve ser tutelado. Os argumentos dessas decisões foram baseados na ideia de que não há intimidade ou privacidade se houver exteriorização.

Essa externalização, eles argumentam, pode afetar de alguma forma a ordem, a moral pública ou os direitos de terceiros. Portanto, como é uma figura de perigo abstrato, a transcendência está contida em terceiro lugar, uma vez que atrás do consumidor está o pequeno traficante e o traficante larga escala.

Por isso se afirma que o comportamento reprimido está fora do escopo da privacidade. As atuais políticas repressivas têm fortes raízes ideológicas, nas quais prevalecem preconceitos e medo. A categorização do assunto como um tabu opera como inibidor para o

debate público ao ser alçado como conduta criminosa. Essa associação submete os usuários de drogas a espaços cada vez mais fechados onde, por sua vez, eles se tornam cada vez mais vulneráveis (CLDD, 2009).

O proibicionismo criou uma divisão entre drogas lícitas e ilícitas - e, portanto, entre usuários legais e ilegais, escondendo que o maior risco que estes consumos podem acarretar, está mais associado às condições sociais em que estas pessoas se encontram, do que ao consumo em si. Nas palavras de Salo de Carvalho (2016, p. 185), “a resposta punitiva produz mais danos à sociedade e ao usuário ou dependente que a própria droga”.

O discurso do crime relacionado com drogas ilícitas, tem um forte componente ideológico e “[...] produz um efeito explicativo a partir do pressuposto da periculosidade de dependentes químicos pobres e marginais, em situação de clara subalternidade social e cultural”. (VÁZQUEZ; ROMANÍ, 2012, p. 161)

Desde o final da década de 1980, o discurso da periculosidade dos dependentes químicos, em situação de vulnerabilidade social e/ou pobreza, tem sido a base para a consolidação do modelo repressor e punitivista das drogas. Apesar desse paradigma ter delineado as políticas de drogas na Argentina nos últimos 20 anos, desde 2008 um conjunto de modificações discursivas significativas foi introduzido no cenário político em nível nacional, o que pode promover transformações radicais na ideologia criminalizadora e patologizante vinculada aos usuários problemáticos de drogas.

Dentre as mudanças ocorridas entre 2008-2010, que podem sustentar a hipótese de um potencial novo paradigma no controle de drogas na Argentina, elencamos as seguintes: mudança de discurso do Governo Nacional em relação à descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça da Nação que descriminaliza a posse de estupefacientes para uso pessoal se não causar danos a terceiros e em pequenas quantidades e a criação da Direção Nacional de Saúde Mental e Dependências.

Neste trabalho, opta-se por enfatizar o julgamento da Suprema Corte Argentina, ocorrido em 2009, pois este será de extrema relevância para o Brasil. Nesse julgamento, a Suprema Corte Argentina, optou por descriminalizar a posse de pequena quantidade de droga para uso pessoal.

Assim, a proposta de inovação jurisprudencial promovida pelo Acórdão, baseia-se no fato de que a doutrina até aqui utilizada foi elaborada anteriormente à reforma constitucional

(1994), na qual resultou que o direito à saúde é reconhecido com hierarquia constitucional pelos tratados incorporados e que o Estado Nacional se comprometeu a alcançar sua plena efetividade. Nesse sentido, o Acórdão afirma que,

[...] se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros. (ARGENTINA, 2009, p. 38).

Este julgamento representa um importante divisor de águas no controle de drogas argentino na medida em que é o primeiro, após a reforma de 1994 que se expressa abertamente contra a repressão ao porte de drogas para uso pessoal que não represente um perigo concreto ou cause danos à bens e/ou direitos de terceiros.

Antes, porém, é preciso destacar que, nos anos de 1990 a 2009, o entendimento consolidado na Suprema Corte Argentina era de que a detenção de drogas para o consumo próprio constituía infração penal e, portanto, a aplicação da pena seria constitucionalmente legítima, sem considerar a quantidade de substância apreendida, já que a referida lei não fazia qualquer distinção.

O precedente em tela foi o caso Montalvo, o qual fora julgado no *Fallos* nº 313:1333 em 1990. Esse precedente jurisprudencial é importante porque desconstituiu o entendimento anterior que fora firmando no caso conhecido como *Bazterrica*, julgado pela Suprema Corte em 1986, no qual se declarou a inconstitucionalidade do artigo 6º da Lei 20.771 que incriminava o porte de entorpecentes para consumo pessoal.

Desta feita, em 2009, a Suprema Corte Argentina inovou ao declarar, mais uma vez, a inconstitucionalidade da posse de drogas para consumo próprio, a qual está tipificada no artigo 14, parágrafo segundo da Lei 23.737/1989, no bojo de uma decisão emblemática.

O caso em questão, conhecido como *Arriola*, versava sobre um recurso constitucional interposto por réus condenados pelo delito de posse de entorpecentes. Na ocasião, a defesa alegou que, no ato da prisão, os suspeitos estariam em posse de pequena quantidade de drogas, e, por esta razão, a conduta praticada não tinha relevância penal concreta.

Além disso, sustentou a defesa que o consumo foi realizado no âmbito da vida privada dos suspeitos, o que não afetava a coletividade, razão pela qual a punição violaria o artigo 19 da Constituição Argentina. O referido artigo, consagra as garantias da intimidade e da legalidade como meio de garantir a liberdade individual, nos seguintes termos:

Art. 19. - Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. (ARGENTINA, 1995)

Na sentença condenatória, as penas cominadas foram: fixar residência e submeter-se ao cuidado de um Patronato, bem como abster-se de usar drogas ilícitas, bebidas alcoólicas e não manter relações com pessoas que fizessem uso abusivo de entorpecentes. No caso, a pena privativa de liberdade foi substituída por uma medida de segurança educativa sob jurisdição do Juízo das Execuções Penais.

A Suprema Corte Argentina dirimiu a questão, baseando-se em julgados oriundos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os quais definiam a necessidade de garantir a dignidade da pessoa humana, em especial da vítima. Assim, a Corte Argentina destacou que os usuários de drogas são as vítimas diretas do narcotráfico e, por isso, entenderam que a reprimenda punitiva, na verdade apenas promoveria a “revitimização” por punir o maior prejudicado no caso concreto.

Com relação ao potencial lesivo do consumo de drogas ilícitas, a Suprema Corte mencionou que a intervenção penal não se legitimaria diante da mera periculosidade das pessoas e, assim, foi refutada a sustentação baseada no direito penal do autor.¹

Persiste ainda, a questão das obrigações internacionais assumidas pela Argentina² e, nesse sentido, entendeu-se que a declaração de inconstitucionalidade do artigo em comento

¹ Por esse modelo de direito, a inversão do argumento leva a acreditar que todo usuário é um potencial traficante. A esse respeito, critica Zaffaroni (1986, p. 27) nos seguintes termos: ““se argumenta que cualquier consumidor es un ‘traficante en potencia’, lo que resulta inexacto especialmente en los casos de drogas que no generan dependencia rígida y, en general, importa una presunción juris et de jure de ‘tipo de autor’, lo cual viola la legalidad y la igualdad ante la ley, entre otros derechos, sin contar con que no todo tenedor es consumidor y con que el consumo forma parte de derecho de disposición sobre la propia persona, que no puede ser afectado, pues se trata de bien jurídico del propio consumidor”.

não afeta nenhum dos tratados internacionais, haja vista o direito de reserva de seus princípios constitucionais e conceitos fundamentais do ordenamento jurídico que lhes confere essa margem de discricionariedade.

Cumpre-nos destacar que o acórdão do Recurso de Hecho n° 9080 expressa a necessidade de se averiguar, caso a caso, a criação de riscos pelos autores de delitos de perigo penal abstrato. Para compreendermos adequadamente os argumentos apresentados:

En el derecho penal no se admiten presunciones juris et de jure que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. [...]Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real que se deberá establecer en cada situación concreta siendo inadmisibile, en caso negativo, la tipicidad objetiva. (ARGENTINA, 2009)

A preocupação com a avaliação sobre a lesividade desses delitos de perigo torna-se mais enfática quando eles protegem bens jurídicos supraindividuais, eis que não é permitido ao Estado interpretá-los de modo arbitrário.

O posicionamento da corte argentina nesta decisão demonstra cautela, especialmente no que diz respeito aos limites estabelecidos pelas normas internacionais. Assim como o Brasil, a Argentina também é considerada um país de trânsito, cuja peculiaridade é que existem alguns pontos de produção de matéria-prima para a cocaína e seus derivados. (RODRIGUES, 2017, p. 124)

Assim, em vários pontos da sentença pode-se demonstrar que a interpretação dos dispositivos das convenções internacionais enseja o exercício da reserva na descriminalização do porte destinado ao uso de substâncias ilícitas. Portanto, assume-se que o exercício da

² As obrigações assumidas, referem-se às já citadas no início desse trabalho, a saber, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecente e Substâncias Psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena), a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e da Convenção Única Sobre Entorpecentes de 1961.

soberania interna não afetará as obrigações internacionais. Especialmente considerando a guerra contra o narcotráfico, que ainda é reprimida.

A Suprema Corte argentina deixou claro, por meio de seus argumentos, que tem uma perspectiva crítica em relação à questão do consumo de drogas, ainda que se preocupe em conservar o alinhamento com a política criminal internacional.

Apesar dessa constatação, os avanços alcançados são inegáveis e devem ser reconhecidos e enaltecidos, pois proporcionam uma nova leitura para o usuário, encarando-o como a primeira vítima do tráfico de drogas.

Contudo, ainda que a Argentina tenha excluído a possibilidade de prisão para os usuários problemáticos de entorpecentes, é necessário estender as críticas que fazemos ao sistema brasileiro já que optaram por manter as medidas de segurança curativas dispostas no artigo 16 da Lei 23.737/1989. Tais medidas são até mais polêmicas que as medidas brasileiras por consistirem em “en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación por el tiempo necesario a estos fines, y cesará por resolución judicial, previo dictamen de peritos que así lo aconsejen”.

Pelo exposto, fica patente que a sanção penal, na realidade, pode ter duração indeterminada, tratando indistintamente usuário/dependente e traficante, e o que é mais preocupante, a lei equipara ambos a absolutamente inimputáveis. Disso, conclui-se que tais entendimentos são incompatíveis seja com a dignidade da pessoa humana, seja com a própria finalidade do direito penal.

Verifica-se que as decisões judiciais sobre posse de drogas ao longo dos anos, tanto da Suprema Corte Brasileira quanto da Argentina, estão cercadas pelos compromissos internacionais assumidos. Em ambos os casos, a justiça terapêutica e punitiva é considerada como a solução mais adequada, ao mesmo tempo em que atua como justificativa para repelir tentativas de mudança do paradigma punitivo/criminalizante e manter uma posição isolada no âmbito internacional.

2 – TRATAMENTO JURÍDICO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO NO BRASIL

A Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 ou Convenção de Viena, já citada neste trabalho, é um tratado internacional que estabelece medidas abrangentes para prevenir e combater o tráfico ilícito de drogas e teve destacado papel no tratamento jurídico que o Brasil adotou para com o usuário de drogas.

Oportuno mencionar que a Convenção de Viena trouxe uma importante inovação, conforme entendimento de Valois (2020, pp. 299-300) acabou por normatizar a preocupação com a lavagem do dinheiro proveniente do tráfico ilícito, trazendo em seu texto a possibilidade de confisco dos ativos financeiros dos traficantes, inclusive nos casos em que o dinheiro houvesse sido transformado em outros bens.

Ainda de acordo com Valois (2020, p. 296) essa Convenção foi a primeira a criminalizar a posse de drogas para consumo pessoal em seu artigo 3º, 2, sendo que sequer medidas de tratamento para o vício foram incorporadas ao documento, revelando a ausência de qualquer preocupação para com o usuário, já que o objetivo era tão somente avançar no combate às drogas à nível global, como se existisse uma “polícia mundial”.

A definição do que a Convenção entendia por "tráfico de drogas" é emblemática para a análise do usuário porque ela optou por incluir a posse, compra ou cultivo de drogas também para uso pessoal como condutas que deveriam ser incriminadas. E isso, do ponto de vista constitucional no Brasil, enquanto signatário do documento, nos leva a entender que a medida é “pouco recomendável em termos de política criminal, por ser a prisão considerada estigmatizante e ineficaz”. (RODRIGUES, 2006, p. 43)

Em que pese o reconhecimento de que desde a edição da Lei n. 6.416/77, ao usuário já não se aplicava a pena privativa de liberdade, ainda assim, se fosse flagrado em posse de drogas para seu próprio consumo poderia ser preso e responderia em liberdade, mediante o pagamento de fiança, o que não deixa de ser constrangedor e prejudicial tanto em termos financeiros quanto da violação de direitos individuais (RODRIGUES, 2006, pp. 174-175)

Dando um salto temporal, a Lei 11.343/2006 – lei de drogas – é, muitas vezes, considerada como uma atualização importante da legislação sobre drogas no país, posição duramente criticada por Maria Lúcia Karam, para quem

[...] ao contrário do que muitos querem fazer crer, a nova Lei 11.343/06 não traz nenhum avanço nesse campo do consumo. Uma lei que repete

violações a princípios e normas constantes das declarações universais de direitos e das Constituições democráticas jamais poderá ser considerada um avanço. Nenhuma lei que assim suprime direitos fundamentais pode merecer aplausos ou ser tolerada como resultado de uma conformista ‘política do possível’” (KARAM, 2006)

Especialmente no que diz respeito à posse de drogas para consumo próprio, já que as legislações anteriores eram ainda mais precárias no que tange à posse para uso próprio e sequer abordavam medidas específicas para lidar com o abuso de drogas, a Lei 11.343/2006 trouxe algumas mudanças nesse setor como a criação do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad.

Ocorre, porém, que a referida Lei de Drogas brasileira, embora conserve o essencial do pensamento proibicionista herdado das diversas convenções e tratados internacionais e ainda opere dentro da lógica criminalizante e repressora das drogas, empreendeu uma estratégia de despenalização da posse de drogas para uso próprio como alternativa limitada para se opor ao proibicionismo strictu sensu, aderindo a um “proibicionismo moderado”. (RODRIGUES, 2009 pp. 10-11)

A despenalização da posse de drogas para uso próprio empreendida pela Lei 11.343/2006, não pode ser confundida com a descriminalização, como querem fazer crer os setores mais conservadores da sociedade. Assim, enquanto a descriminalização retira a conduta do rol dos crimes tipificados no Código Penal, a despenalização somente exclui a possibilidade de se aplicar a pena privativa de liberdade, mantendo a conduta criminalizada e passível das medidas alternativas cabíveis. (NUCCI, 2009, p. 334)

A estratégia da despenalização restringe o alcance da repressão criminal e se baseia em considerações estritas sobre o fracasso, a inutilidade e a necessidade de medidas mais humanitárias dos usuários das prisões. Do ponto de vista pragmático, isso se dá por razões econômicas, como o encarceramento desnecessário de usuários e o alto custo (econômico e humanitário) do encarceramento. Ele atua de forma setorial, oferece aos usuários uma resposta criminal menos irracional e foi adotado pela maioria dos países europeus³. Efetivamente, isso significa uma doutrina antidrogas menos agressiva sem questionar abertamente os tratados internacionais sobre drogas. (RODRIGUES, 2009 pp. 10-11)

Não podemos perder de vista, no entanto, que a principal crítica a essa estratégia despenalizadora é a limitação de seu alcance e a manutenção da lógica repressiva. Além de insistir na questionável função simbólica das normas, a estratégia de despenalização ainda aparece como uma tímida oposição ao modelo proibicionista que se mantém intacto em sua estrutura. Ademais, não impede a estigmatização de usuários e dependentes químicos, que permanecem em contato com a polícia e o todo o sistema de justiça embora não haja a previsão legal de prisão. (CARVALHO, 2016, p. 384-386)

Salo de Carvalho argumenta ainda que, na realidade a Lei 11.343/2006, embora promissora por um lado, acabou frustrando as expectativas dos grupos antiproibicionistas, pois manteve a posição de controle formal, assim,

[...] às ações facilitadoras do consumo, apesar de deflagrar processo de descarcerização com a proibição taxativa de qualquer espécie de prisão (processual ou punitiva), reeditou o sistema do duplo binário facultando a punição dobrada do consumidor e/ou do dependente com pena (restritiva de direito) e medidas (educativas). Fortalece, portanto, o discurso psiquiátrico de origem etiológica, no qual inexistente diferenciação entre usuário e dependente. Ademais, facilita a implementação de projetos autoritários que retiram da pessoa envolvida com drogas seu status de sujeito, negando-lhe capacidade de fala e de escuta. (CARVALHO, 2016, p. 385)

Prossegue Salo de Carvalho (2016, p. 339) afirmando que a programação punitiva em relação ao uso de entorpecentes no Brasil se sustenta a partir de dois pontos essenciais, quais sejam: a) o perigo abstrato previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 e b) a saúde pública como bem jurídico a ser tutelado pelo Estado.

No primeiro aspecto, o discurso sobre a esperada periculosidade (extensibilidade) do ato e o alcance da lei na proteção de interesses coletivos, e não individuais, permite a persecução até mesmo da posse de pequena quantidade de substância entorpecente, nitidamente para consumo próprio.

Sobre o segundo aspecto em que se funda a programação punitiva sobre uso de drogas no Brasil, Salo de Carvalho (2016, pp. 340-341), compreende que sob a justificativa de

proteger a saúde pública, diversos danos são causados à saúde, à autonomia e à liberdade do ser humano. Destaca, ainda, que esquecer a questão específica de criar mecanismos retóricos abstratos para legitimar a punição dos usuários é uma violência significativa ao núcleo constitucional que deveria sustentar o direito penal.

De outra banda, Rodrigues (2009, pp. 10-11) afirma que nem sempre o modelo despenalizador é o mais benéfico ou adequado para o usuário, já que, conforme dito alhures, ainda que não lhe seja cominada pena privativa de liberdade, não escapará à estigmatização em decorrência da passagem pelo sistema de justiça criminal. Além disso, é importante destacar a insegurança do usuário por não saber previamente a quantidade de droga que irá diferenciá-lo de um traficante. Interpretação esta que estará sempre a cargo, no primeiro momento, da autoridade policial e, em um segundo momento, da autoridade judiciária, devido à lacuna da legislação de drogas.

Desta feita, levando em consideração os argumentos apresentados acima, acreditamos que o mais adequado seria que a despenalização da posse de drogas para uso próprio, avançasse para a descriminalização, já que somente esta última está assentada sob uma base garantista e, portanto, constitucional, vinculada aos direitos humanos.

Nesse diapasão, as expectativas das últimas semanas no país são bastante promissoras, haja vista o fato de que após quase 12 (doze) anos, o Recurso Extraordinário nº 635.659, em trâmite no Supremo Tribunal Federal desde 2011, foi reinserido nas pautas do órgão superior.

Essa pauta é de extrema relevância para a sociedade brasileira porque pode redefinir a política de drogas no Brasil, a qual, no estado em que se encontra, tem promovido graves violações de direitos, desigualdades sociais, aumento da violência, principalmente nos grandes centros urbanos, corrupção, encarceramento em massa e diversas outras consequências políticas, sociais e econômicas para o país.

3 – O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659 E A ANÁLISE COMPARATIVA COM O CASO ARGENTINO

O Recurso Extraordinário nº 635.659, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foi recebido pelo Supremo Tribunal Federal em 2011 e encontrava-se com julgamento suspenso desde 2015, tendo sido retomada a análise apenas recentemente.

Foram proferidos três votos dos onze ministros, nos seguintes termos: o relator Gilmar Mendes, votou a favor da descriminalização de todas as drogas; já os ministros Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, votaram ambos a favor da descriminalização apenas da maconha.

Um ponto relevante a se destacar, é que, na votação de 2015, o ministro Barroso defendeu a ideia de que uma pessoa possa portar até 25 gramas de maconha sem ser considerada traficante, e, ainda, a possibilidade de cultivo de, no máximo, seis plantas fêmeas por usuário.

É preciso lembrar que, atualmente, no Brasil, uma das principais críticas à Lei de Drogas é justamente a indefinição de qual quantidade de droga em posse de um cidadão, o define como usuário ou traficante. Assim, o voto do ministro Barroso inaugura um importante debate, pelo qual a sociedade espera desde a criação da Lei de 11.343 em 2006.

Após os votos referidos, foi solicitado o pedido de vistas do Ministro Teori Zavascki. Porém, com seu falecimento, no início de 2017, o caso foi submetido à apreciação do então recém-empossado ministro Alexandre de Moraes, que o devolveu para julgamento apenas no final de 2018 — isto é, quase dois anos depois.

O RE ganhou repercussão geral, visto que seu tema ultrapassa o interesse subjetivo das partes, reconhecida sua relevância do ponto de vista social, assunto esse que atinge milhares de usuários de substâncias ilícitas no país. (STF, 2020).

No segundo semestre do ano corrente de 2023, o RE voltou a ocupar lugar de destaque nos debates públicos, especialmente nos meios acadêmicos e nas mídias especializadas, já que entrou novamente na pauta de julgamento da Suprema Corte nacional.

Em linhas gerais, o caso concreto versa sobre a ocorrência na qual foi apreendida substância ilícita nas dependências de uma cela em uma unidade prisional de Diadema/SP. A substância apreendida perfazia o total de 03 (três) gramas de maconha, a qual o autor, Francisco Benedito de Souza, mecânico, alegou ser para seu consumo próprio.

Trata-se de recurso interposto pelo Defensor-Público Geral de São Paulo, contra o acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial de Diadema/SP, que, por entender constitucional o dispositivo em questão, manteve a condenação do mecânico pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal.

Contudo, na oportunidade, a Defensoria Pública alegou ser o art. 28 da Lei 11.343/2006 inconstitucional, fundando suas razões na ofensa ao princípio da intimidade e vida privada, direitos expressamente positivados no artigo 5º, X, da Constituição Federal, e, por conseguinte, o princípio da lesividade, enquanto valor fundamental do direito penal.

Na Defensoria Pública de São Paulo, Gomes, então lotado em Diadema, assumiu a defesa de Francisco e apresentou o argumento de que há violação da Constituição quando o Estado criminaliza o porte de drogas para consumo pessoal, ofendendo os princípios da intimidade, da privacidade, da autodeterminação e, ainda, o chamado princípio da lesividade ou ofensividade -- segundo o qual não há crime se não há lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico alheio. (Globo, 2023)

Em matéria veiculada no portal de notícias G1, o defensor público Leandro Castro Gomes, autor do Recurso Extraordinário (RE) em tela, afirmou que sua decisão em levar o RE ao Supremo Tribunal Federal, foi motivada pela decisão da Suprema Corte Argentina que, em 2009, descriminalizou o porte de pequenas quantidades de drogas para consumo pessoal. (Globo, 2023)

Ainda de acordo com o autor do RE, os principais impactos esperados, caso nosso Supremo decida pela descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, seriam no sistema penitenciário e no processo de encarceramento em massa em curso no Brasil.

Aponta-se, ademais que, primeiramente, haveria um efeito simbólico da decisão sobre toda a sociedade, o qual demonstraria que a política criminal de drogas atual merece uma análise crítica séria, sendo que esse efeito simbólico pode promover a ampliação do debate sobre drogas no país, o qual, ainda é considerado tabu e, quase sempre, abordado através de uma perspectiva moralista.

Além disso, Gomes aponta que, caso haja uma decisão favorável do STF no sentido de delimitar a quantidade de droga que permite diferenciar usuário de traficante, isso poderia dirimir o problema da omissão da Lei 11.343/2006 e reduzir a discricionariedade dos juízes nas condenações por tráfico que, atualmente, não seguem critérios claros devido à lacuna legislativa, o que acaba contribuindo para o encarceramento em massa no país por quantidades insignificantes de droga.

Por fim, mas não menos importante, Gomes aponta como impacto da decisão do STF a ser considerado, o fato de que uma eventual declaração de inconstitucionalidade do artigo 28

também afetaria o regramento da individualização da pena para os reincidentes, devolvendo a condição de réu primário a várias pessoas, o que pode ter um efeito de diminuição do grande encarceramento atualmente em curso no país pela Lei de Drogas.

Pelo exposto, vê-se o papel preponderante que a decisão da Suprema Corte Argentina teve no caso brasileiro do Recurso Especial em comento. Neste ponto, é importante destacar que, ainda que a decisão do STF seja favorável à descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, o Brasil o fará tardiamente, já que somos um dos últimos países da América Latina a deixar de tratar o usuário como criminoso. Na região, Brasil, Suriname e as Guianas são os únicos que ainda consideram o porte de drogas para uso pessoal como condutas criminosas.

A contribuição do exemplo argentino não se limita apenas a partir da decisão daquela Suprema Corte em 2009, descriminalizando a posse de drogas em pequena quantidade para uso próprio, mas também, advém dos estudos e a abordagem crítica em relação às políticas de drogas do ex-juiz da Corte Suprema da Argentina, Eugenio Raúl Zaffaroni, não somente na Argentina, mas no Brasil e em toda América Latina.

Destaca-se que o pensamento de Zaffaroni (1986, 2013) parte de uma perspectiva humanista e garantista, baseando-se na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Em suas análises, ele tem destacado os efeitos negativos da criminalização dos usuários de drogas, enfatizando a estigmatização, a superlotação carcerária e a perpetuação do ciclo de violência como consequências indesejáveis dessas políticas repressivas no campo das drogas. Zaffaroni questiona, ainda, a desproporcionalidade das penas aplicadas aos usuários em comparação com os verdadeiros agentes do tráfico.

No que tange à descriminalização do uso de drogas para consumo próprio, Zaffaroni (2013, pp. 115-123) tem argumentado que a criminalização do usuário é ineficaz e contraproducente, e propõe uma abordagem baseada na redução de danos e na promoção da saúde pública. Além disso, Zaffaroni ressalta a necessidade de regulamentar o mercado de drogas leves, visando diminuir o poder do tráfico ilegal e criar um ambiente mais seguro para os usuários.

Como se vê, o pensamento de Zaffaroni encontrou ressonância no Brasil, onde o debate sobre a reforma das políticas de drogas tem se intensificado, ainda que tardiamente. A partir de seu enfoque na saúde pública e na proteção dos direitos humanos, Zaffaroni tem fornecido argumentos sólidos para os defensores da descriminalização do uso de drogas no

país, cujos esforços, esperamos que se materializem com a decisão favorável do Recurso Extraordinário 635.659.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, a análise aqui proposta quanto à descriminalização de drogas para consumo próprio no Brasil e na Argentina revela uma perspectiva transformadora no que diz respeito à preservação dos direitos humanos e constitucionais. A revisão das políticas de drogas tradicionais assentadas no proibicionismo, tem resultado em encarceramento em massa, marginalização social e violações dos princípios fundamentais de liberdade individual, e sugerem que a adoção de abordagens mais progressistas é não apenas justificada, mas essencial para garantir uma sociedade mais justa e equitativa.

Ao considerar os casos do Brasil e da Argentina, torna-se evidente que a descriminalização da posse para consumo próprio de drogas pode oferecer uma série de benefícios significativos. A redução da sobrecarga do sistema judiciário e do sistema prisional, a diminuição da estigmatização dos usuários, a alocação mais eficaz de recursos de aplicação da lei e a promoção de programas de prevenção e tratamento baseados em evidências são aspectos cruciais que podem ser alcançados por meio dessa abordagem. Além disso, a descriminalização pode contribuir para a redução do poder do mercado ilegal de drogas, diminuindo a violência associada ao tráfico e promovendo um ambiente mais seguro para os usuários.

No entanto, é importante reconhecer que a implementação bem-sucedida da descriminalização exige uma abordagem abrangente, que englobe não apenas a mudança legal, mas também a criação de políticas de saúde pública eficazes, campanhas de educação e sensibilização, bem como sistemas de regulamentação cuidadosamente projetados. Além disso, os resultados podem variar com base nas especificidades culturais e sociais de cada país, exigindo adaptações locais para garantir que os objetivos de proteção dos direitos humanos e constitucionais sejam alcançados de maneira satisfatória.

Em última análise, a descriminalização do consumo próprio de drogas no Brasil, caso opte por seguir o exemplo da Argentina, representa uma abordagem progressista e humanitária que busca equilibrar os direitos individuais com os interesses coletivos da

sociedade. Ao promover a saúde, a segurança e a dignidade dos cidadãos, essa medida reflete um passo significativo em direção a um sistema mais justo e compassivo, onde os princípios fundamentais dos direitos humanos e constitucionais são respeitados e protegidos.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA, CSJN – **Recurso de Hecho n° 9080**, Rel. Min.° Carmen M. Argibay, 25/08/2009. Disponível em: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp. Acesso em: 12 ago. 2023

G1. **STF julga se porte de drogas para uso pessoal é crime**: defensor se baseou em decisão da Argentina para levar caso ao Supremo. 01 de jun. 2023. São Paulo: Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/06/01/stf-julga-se-porte-de-drogas-para-uso-pessoal-e-crime-defensor-se-baseou-em-decisao-da-argentina-para-levar-caso-ao-supremo.ghtml>. Acesso em 10 ago. de 2023

KARAM, Maria Lúcia. A Lei 11.343/2006 e os repetidos danos do protecionismo. **Boletim IBCCRIM**, ano 14, n° 167, p. 7, out. 2006

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas** -- 3. ed. -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

GARCÍA, E. **Consumo de drogas**: ¿la hora de despenalizar? Cuál sería el beneficio de un cambio. *Diario La nación*, Buenos Aires, 6 nov. 2005. Enfoques

THE UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY SPECIAL SESSION (UNGASS). **Declaración Política aprobada: Sesión Especial de la Asamblea General de Naciones Unidas**. ONU: Nueva York, 1998.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Fallo Bazterrica: Bazterrica**, Gustavo M. Buenos Aires, 29 ago. 1986.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Fallo A. 891**. XLIV: Arriola, Sebastián y otros, Sin causa, n° 9080. Buenos Aires, 25 ago. 2009

COMISIÓN LATINOAMERICANA SOBRE DROGAS Y DEMOCRACIA (CLDD) **Drogas y Democracia: Hacia un cambio de paradigma. Informe de la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia**. Rio de Janeiro: CLDD, 2009.

VÁZQUEZ, Andréa. Políticas públicas en materia de drogas en Argentina: políticas de estigmatización y sufrimiento. **Saúde debate** [Internet]. 2014 Oct; 38(103):830–9. Disponível em: <https://doi.org/10.5935/0103-1104.20140075>. Acesso em 12 ago. 2023

VÁZQUEZ, A; ROMANÍ, O. Drogadependencia, estigma y exclusión en salud. Barreras de accesibilidad de drogadependientes a servicios de salud en las ciudades de Barcelona y Buenos Aires. **Anuario de Investigaciones**, 19. Buenos Aires: Facultad de Psicología, 2012. p. 159-166.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

RODRIGUES, Thiago. **Política e Drogas nas Américas: uma genealogia do narcotráfico** (2ª edição). São Paulo, Desatino, 2017

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2006.p. 249.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.343**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Brasília, 23 de agosto de 2006, 185º da Independência e 118º da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 10 ago. 2023

BOITEUX, Luciana Rodrigues. Possibilidades e perspectivas da descriminalização das drogas ilícitas. **Le Monde Diplomatique**. 2009;3(26):10-11. Disponível em: https://neip.info/novo/wpcontent/uploads/2015/04/boiteux_descriminalizacao_lemonde_2009.pdf. Acesso em: 09 ago. 2023

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Guerra às drogas e letalidade do sistema penal. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 16, p. 115-125, 2013.

_____. **Sistemas Penales y Derechos Humanos en la América Latina**. Buenos Aires: Depalma, 1986.